

Título: Renovadas polémicas en los derechos reales

Autores: Vázquez, Gabriela A. - Pepe, Marcelo Antonio

Publicado en: SJA 25/04/2012, 25/04/2012, 8 -

Cita Online: AR/DOC/5152/2013

Sumario: I. Introducción. II. Defensa judicial de las relaciones reales. III. Publicidad posesoria y publicidad registral. IV. Sistema de adquisición de los derechos reales inmobiliarios. V. Palabras finales.

I. INTRODUCCIÓN

Las inquietudes plasmadas en este trabajo surgieron con motivo de la convocatoria de las XXIII JNDC realizadas en San Miguel de Tucumán entre el 29 de septiembre y el 1/10/2011, a debatir sobre Posesión. Remedios posesorios. Publicidad posesoria y publicidad registral.

Si bien se abordaron múltiples aspectos vinculados a la posesión y a la tenencia, el debate moduló fundamentalmente sobre tres ejes temáticos: la defensa judicial de las relaciones reales, es decir, los remedios que el Código Civil denomina -acciones posesorias- (Libro Tercero, tít. III); la articulación entre la publicidad posesoria y la publicidad registral en materia inmobiliaria y, por último, la conveniencia o inconveniencia de consagrar en materia de inmuebles un sistema de inscripción registral constitutivo, en reemplazo del actualmente vigente que, como es sabido, tiene efectos meramente declarativos de oponibilidad a terceros interesados de buena fe [\(1\)](#).

II. DEFENSA JUDICIAL DE LAS RELACIONES REALES

a) Régimen complejo. Ordenamientos locales cuestionables según la cláusula constitucional de los Códigos. Terminología

Quienes ejercemos la docencia universitaria en el grado de Abogacía conocemos las dificultades que se presentan para transmitir con claridad el sistema de protección judicial de la posesión y la tenencia que diseña el derecho positivo argentino.

La complejidad inicial del Código Civil de 1871 se hizo más intensa a partir de las modificaciones introducidas al Libro Tercero, Título III por la reforma de la ley 17711 de 1968. Por otro lado, la mayoría de las provincias argentinas incluyen en sus códigos adjetivos a los llamados interdictos procesales con ámbitos por veces superpuestos al de las acciones regladas por el código de fondo, no obstante su autonomía y requisitos propios. Estas generalizadas regulaciones trascienden impropiamente a la que estructura el Código Civil, observándose de este modo cómo las legislaturas locales se arrojan impropiamente potestades delegadas constitucionalmente al Congreso Nacional (art. 75, inc. 12, anterior art. 67, inc. 11, CN).

La situación descrita explica al menos tres de las conclusiones adoptadas por la Comisión n. 5 de las XXIII JNDC. Por un lado, la siguiente de lege data: Interdictos procesales. Las legislaciones procesales que se apartan de los requisitos sustanciales que prevé el Código Civil con respecto a las acciones policiales son inconstitucionales por vulnerar el art. 75, inc. 12, CN (pto. I, apart. 5 de lege lata).

En cuanto a las conclusiones de lege ferenda, la jornada puso énfasis tanto en la complejidad del régimen normativo, como en las injerencias indebidas de algunos de los poderes legislativos provinciales.

En ese sentido, en relación con la necesidad de simpleza de la regulación normativa, se consignó: -El régimen de la defensa judicial previsto en el Libro Tercero, tít. 3, CCiv., debe simplificarse dejándose un solo juego de acciones de manutención y de recupero a la manera del Proyecto de Código Civil de 1998- (pto. I, apart. 1, de lege ferenda).

En lo concerniente al régimen de los interdictos, que no todas las jurisdicciones locales contienen en sus códigos adjetivos v. gr., la provincia de Córdoba, las jornadas propiciaron: -Deben derogarse los regímenes locales de interdictos posesorios en cuanto signifiquen la superposición o creación de nuevas acciones al margen de lo previsto en el Código Civil- (pto. I, apart. 3, de lege ferenda).

Volveremos infra sobre estos aspectos de la discusión aunque debemos memorar aquí que se utilizó la frase -defensa judicial previsto en el Libro Tercero, tít. 3, CCiv.- y no el de -defensa de las relaciones reales- o bien la categoría utilizada por el Código Civil: -acciones posesorias-, porque se generaron en el seno de la comisión redactora algunos desacuerdos terminológicos.

Por un lado, el giro -acciones posesorias- que se emplea en el texto legal es cuestionado, porque la defensa judicial también comprende a la tenencia, de modo que el término -acción posesoria- marginaría a un sector de la tutela, más allá de una comprensión amplia que coloca al tenedor como poseedor a nombre del propietario.

Más allá de la insistencia de algunos, entre quienes nos encontramos, tampoco hubo consenso en plasmar en

las conclusiones la terminología -relaciones reales- y, por ende, la de -defensa judicial de las relaciones reales-.

El término compuesto -relación real-, para referir tanto a la posesión como a la tenencia e incluso a la mera yuxtaposición, está suficientemente difundido y no genera anfibologías o equivocidades en la doctrina de los autores o en la jurisprudencia (2). Sin embargo, en el seno de la Comisión hubo resistencia de algunos a su utilización, aparentemente porque en el marco del proyecto que está elaborando la Comisión de Reformas del decreto 191/2011 (3), se estaría pensando en la denominación: -relaciones de poder-.

Si bien es cierto que tanto el poseedor como el tenedor tienen la cosa -bajo su poder- (arts. 2351 y 2352, CCiv.) -corpus-, con lo que la terminología -relaciones de poder- es, en alguna medida, representativa de la situación jurídica descripta, aún así nos parece objetable su introducción en el derecho escrito.

Decimos esto porque, por un lado, el giro -relaciones reales- tiene suficiente arraigo en el discurrir doctrinario y jurisprudencial contemporáneo, tanto que se trasladó al Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998 (Libro V, tít. II -De las relaciones reales-, arts. 1845 y ss., y Libro V, tít. XIV, cap. II -Defensa Judicial-, Sección Primera -Defensa de la relación real-, arts. 2190 y ss.).

Por otra parte, la frase -relaciones de poder-, con prescindencia de encontrarnos en el ámbito de los derechos reales, no es conveniente desde lo simbólico pues remite a una concepción absoluta en cuanto a las atribuciones de una persona sobre un objeto cuando, en rigor, tanto la posesión como la tenencia, al igual que en general los derechos patrimoniales, son ajenas a una dimensión desprovista de límites en su ejercicio.

b) Fundamento de la protección judicial de las relaciones reales

No genera ningún cuestionamiento ético o moral que la legislación conceda al titular de un derecho de propiedad, además de acción para defender su derecho real (acciones reales), acciones orientadas a la protección de la relación posesoria por cuyo intermedio ejercita el derecho real.

Provoca, en cambio, cierta perplejidad que se acuerde acciones a quien usurpa, defrauda, roba, hurta, o concreta conductas de equivalente reproche; acciones dirigidas a permitir que este sujeto se mantenga en poder de la cosa mueble o inmueble que obtuvo a propósito de tal obrar delictivo. Más sorpresa provoca la acción defensiva que se atribuye al autor de esa conducta ilícita para recuperar la cosa de manos de su verdadero propietario que la ha recuperado haciendo justicia por mano propia.

Supongamos que el propietario de una casa quien, tras constatar que ha sido ocupada sin derecho por otras personas, las excluye utilizando medios violentos, verbigracia, a punta de armas.

Esta situación paradójica, es decir, la que incluso habilita la defensa judicial del usurpador contra el titular de la propiedad, ha invitado a reflexionar a lo largo de la historia, acerca de los fundamentos de esta defensa judicial al hecho de la posesión. ¿Cuál sería la razón que justifica reconocer tal protección judicial a quien no tiene un derecho real o personal para gozar de la cosa y aún a quien se apoderó de ella a través de un obrar criminal? Son conocidas tesis diversas que vertieron al respecto Ihering y Savigny. Mientras que para Ihering la protección posesoria se explica como un complemento de la protección del derecho de propiedad; para Savigny se trata en verdad de la protección de la persona, pues el ataque a la posesión entraña un ataque a aquélla: -para reparar en todas sus consecuencias la injusticia que hay en la violencia contra la persona, es absolutamente preciso que ésta sea repuesta o protegida en aquel estado de hecho de que le separó la fuerza- (4).

Estas y muchas otras han sido las construcciones elaboradas por la doctrina de los autores para justificar la protección judicial autónoma de la posesión con independencia de la propiedad.

Sin embargo, como bien lo ha venido predicando desde la Cátedra el Dr. Jorge H. Alterini, todas las posiciones elaboradas al respecto son sólo parcialmente satisfactorias pues la fundamentación más abarcadora y hasta más simple es, en definitiva que -en la protección posesoria está en juego el propio Estado de derecho-. El Estado de derecho supone, por un lado, el monopolio de la fuerza por el Estado, pues descarta que alguien que no sea él ejercite la fuerza. En ese marco, las defensas privadas, las defensas extrajudiciales, deben tener un lugar muy acotado, y paralelamente el monopolio de la fuerza debe ejercitarse con sujeción al derecho, lo que impone la protección judicial y que ella sea eficaz. El monopolio de la fuerza por el Estado, tiene como correlato que la fuerza se ejercite de acuerdo con el derecho (5).

Esta comprensión es la que fue volcada por unanimidad como declaración inicial de la Comisión n. 5 de las XXIII JNDC sobre el tema -Remedios posesorios judiciales-: -1. Fundamento. La tutela judicial prevista por el Código Civil (Libro Tercero, tít. 3) se fundamenta en el resguardo del Estado de Derecho y la paz social-.

c) Acciones legisladas en el Código Civil para proteger las relaciones reales

A pesar de tratarse de un marco de regulación bastante confuso, principalmente después de las modificaciones introducidas al tít. III del Libro Tercero por la ley 17711, no es controvertible que en el Código

Civil coexisten diferentes remedios judiciales orientados a proteger el hecho de la posesión o la tenencia, algunos de los cuales se superponen en su ámbito.

Las XXIII JNDC emitieron al respecto la siguiente declaración: -Régimen. El Código Civil Argentino, en su Libro Tercero, tít. 3, contempla cuatro acciones distribuidas en un doble juego: 1. Las posesorias propiamente dichas de mantener y recobrar (arts. 2487 y 2495, CCiv.) y 2. La innominada de mantener y la policial de despojo (arts. 2469 y 2490, CCiv.)-.

Esta conclusión revela que la doctrina dominante hace suya la idea de que, frente a la turbación de las relaciones reales, existen en el Código Civil dos remedios y no únicamente uno, como se postulara en otra oportunidad. No podemos sino evocar en esta oportunidad la opinión del Maestro Dalmiro Alsina Atienza, anterior a la reforma de 1968 al art. 2469, CCiv., quien consideraba que en ese artículo ¿en su texto original¿ estaba implícita la defensa de la posesión -cualquiera fuera su naturaleza- y la tenencia frente a actos de turbación. Aducía que en art. 2469 del Código estaba implícita la segunda parte del art. 339, Código de Austria, y denominó a este remedio -acción innominada de mantener- por oposición a la clásica de mantener calificada como acción de manutención o nominada de mantener (art. 2495, CCiv.).

d) Ámbito de las acciones posesorias

El simposio delimitó el ámbito propio de la defensa judicial de las relaciones reales circunscribiéndolo a las hipótesis de desposesión o turbación.

En ese sentido, se declaró que -Se entiende por turbación todo ataque que produzca un menoscabo en el sentido del art. 2496, CCiv.-, precepto este último que reza: -Sólo habrá turbación en la posesión, cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere, con intención de poseer, actos de posesión de los que no resultase una exclusión absoluta del poseedor-.

Queda claro entonces que, no mediando exclusión absoluta (caso en que hay desposesión), las lesiones de menor intensidad sólo califican como turbación si el agresor ejerciere actos posesorios con intención de poseer.

En cuanto a la desposesión, se declaró: -Se entiende por desposesión la privación absoluta, total o parcial, de la posesión o la tenencia, cualquiera sea el modo empleado para concretarla-. Esta noción se corresponde con la que consigna el art. 2497, CCiv.: -excluir absolutamente al poseedor-.

Es decir, la desposesión implica la pérdida de la relación real. Debemos poner de relieve no obstante, que no existe equivalencia entre las categorías jurídicas desposesión y despojo ya que media entre ellas una relación de género a especie; todo despojo es una desposesión, pero no toda desposesión configura despojo.

En efecto, ya dijimos qué se entiende por desposesión; ahora bien, el despojo es una desposesión con vicios (en inmuebles: violencia, clandestinidad o abuso de confianza y en muebles: hurto, estelionato y abuso de confianza).

La importancia de la distinción conceptual entre la desposesión y el despojo está vinculada con el ámbito de la acción policial de despojo.

La acción policial de despojo es un remedio de carácter procesalmente acotado y su legitimación activa está acordada a cualquier poseedor -no sólo al calificado- y al tenedor interesado, cuando éstos pierden la posesión relación real (posesión o tenencia) por medio del despojo (art. 2492, CCiv.) (6). Si se entendiese que el despojo sólo se configura con el vicio de violencia, quedarían desprovistos de esta defensa judicial aquellos excluidos por vicios distintos a la violencia, tales como, en materia de inmuebles, la clandestinidad o el abuso de confianza y, en las cosas muebles, los desposeídos a través del hurto, el estelionato o el abuso de confianza.

En este sentido, adherimos a la postura que expuso originariamente Iburguren en materia de inmuebles, en cuanto a que el despojo es una desposesión viciosa y no únicamente la desposesión violenta. Esta tesis es hoy dominante (7).

Volviendo al tema troncal, es importante tener presente que si no se produce alguna de las estas lesiones (desposesión o turbación) no son admisibles las acciones posesorias, en cualquiera de sus versiones, sin perjuicio de las defensas judiciales orientadas al cese del menoscabo, al restablecimiento del estado primitivo de las cosas o, en su caso, a la indemnización del daño causado.

De allí que las XXIII JNDC declararan por unanimidad: -Cuando la lesión no tenga por finalidad adquirir la posesión no son procedentes las acciones del tít. 3 del Libro Tercero, CCiv.-.

Sobre esta idea también es posible apoyar la desaprobación que las XXIII JNDC expresaron respecto de buena parte de los códigos procesales locales del país, en la medida que diseñan estructuras defensivas de la posesión o la tenencia que denominan: Interdictos procesales.

Por definición, los códigos de rito no deberían regular a los interdictos sino exclusivamente como canales procesales para encausar las acciones posesorias del Código Civil, ya que les está vedado a las provincias ejercer poderes delegados a la Nación (art. 75, inc. 12, CN).

Sin embargo, en los hechos, las provincias, a través de los interdictos procesales, han creado defensas judiciales autónomas e independientes que, lejos de ser la reglamentación procesal de las acciones posesorias del tít. III, del Libro Tercero, CCiv., constituyen verdaderos cuerpos legislativos que funcionan en paralelo con la ley sustancial y a espaldas del art. 75, inc. 12, CN.

Basta reparar en lo que establece para el interdicto de retener, el art. 610, CPCCN, en el sentido de que éste es admisible incluso frente a turbaciones futuras, ya que la norma se refiere a las amenazas de perturbación (inc. 2).

Es de pura obviedad que la amplitud del ámbito del interdicto de retener trasciende al de la acción innominada de mantener o al de la de manutención stricto sensu ya que, para que cualquiera de ellas sea admisible, es requisito sine quomodo que exista una turbación actual.

Aquí radica uno de los reproches constitucionales que puede hacerse al régimen de los interdictos incluido en los ritos locales. Es que las legislaturas provinciales no tienen competencia para definir cómo se tutelan la posesión o la tenencia, pues ello llevaría a la escandalosa y contradictoria situación, hoy existente, de que en algunas jurisdicciones la defensa judicial de las relaciones reales sea más estricta o más amplia que en otras a pesar de que, como se dijo, los ordenamientos rituales no pueden contener derecho sustantivo.

La amplitud para definir la legitimación activa y pasiva y el ámbito de la lesión explica por qué en las jurisdicciones en que están regulados los -Interdictos-, sólo se conciba la defensa posesoria a través de éstos.

Esta idea está ínsita en la declaración n. 5: -Interdictos procesales. Las legislaciones procesales que se apartan de los requisitos sustanciales que prevé el Código Civil con respecto a las acciones policiales son inconstitucionales por vulnerar el art. 75, inc. 12, CN-.

e) Alcances del art. 2468, CCiv. Quid de la acción de adquirir

El art. 2468, CCiv., dice: -Un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa: debe demandarla por las vías legales-.

Si bien la primera parte de esta norma ratifica que la relación real no se adquiere sino a través de actos materiales de por lo menos una de las partes con asentimiento de la otra, nos parece que el verdadero sentido de este precepto atañe al fundamento mismo de la protección de las relaciones reales y al reproche a la justicia por mano propia. De allí el párrafo final: -debe demandarla por las vías legales-.

Tanto es así que en la nota al art. 2470, Vélez Sarsfield, invocando el Código Austríaco (arts. 320, 339 a 344), hace referencia a los tres artículos anteriores (2468, 2469 y 2470) y continúa su explicación haciendo tema del fundamento de las acciones posesorias.

Por ello, no es acertado ver en el art. 2468, CCiv., la consagración de una acción posesoria pues estos remedios judiciales sólo están llamados a tutelar a quien ha sido privado o turbado en la relación real (desposesión o turbación), pero no para proteger a quien nunca accedió a ella.

La idea que hemos expuesto ha sido receptada por las XXIII JNDC, que en la declaración n. 6 de la Comisión n. 5 dijo: -Alcances del art. 2468, CCiv.. El art. 2468, CCiv., no resulta una vía específica de adquisición de la posesión-.

Por cierto, que el art. 2468, CCiv., no implique un canal específico para la adquisición de la posesión (acción posesoria) no significa que la persona que cuenta con un -título válido para la adquisición de la posesión- (ius possessionis) no pueda, en caso que la entrega de la cosa le sea negada, acudir a las acciones personales o reales que satisfagan su interés.

Derivación lógica de lo que acabamos de enunciar es que resulte reprochable que los Códigos Procesales locales contemplen al llamado -interdicto de adquirir-, no sólo porque dicha defensa no se corresponde con una acción contemplada en el derecho sustantivo sino porque, como ya lo hemos anticipado, los ordenamientos adjetivos provinciales no tienen competencia para legislar sobre estos tópicos (art. 75, inc. 12, CN).

Por otra parte, la mayoría de los códigos en el país prevén, entre los requisitos de admisibilidad del denominado -interdicto de adquirir-, que nadie tenga título de dueño o usufructuario de la cosa que constituye el objeto del interdicto o se encuentre en la posesión o tenencia de la cosa objeto del interdicto (v.gr., el art. 607, incs. 2 y 3, CPCCN). Estas exigencias convierten al interdicto en una defensa inaplicable en la práctica pues, por de pronto, siempre existirá un dueño.

Las XXIII JNDC emitieron la siguiente declaración: -El interdicto de adquirir legislado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es de imposible aplicación práctica, reproche que alcanza a las legislaciones locales que lo regulan de igual manera- (n. 8 de lege data del tema I).

f) Los efectos de cosa juzgada de la sentencia dictada en el juicio posesorio

La sentencia que se dicta en un proceso de conocimiento, de mayor o menor ámbito cognitivo, naturalmente produce los efectos de la cosa juzgada material en relación a lo que ha sido materia de controversia fáctica o jurídica.

En esta área está comprometido el orden público y la seguridad jurídica, aunque desde ya, la sentencia que la proyecta debe haber sido la conclusión de un proceso válido en el que se haya resguardado el debido proceso, con audiencia, prueba y alegación.

En los juicios posesorios, el thema decidendum se emplaza exclusivamente en la prueba del hecho de la posesión o de la tenencia, siendo por principio inconducente la prueba relativa a la titularidad de un derecho real (art. 2472 y 2473, CCiv.).

Aunque no sea común, puede acontecer que una misma controversia posesoria sea ventilada en procesos sucesivos. Así, una acción policial de despojo puede, por hipótesis, ser sucedida por una acción stricto sensu de recobrar. También, previa declaración de inconstitucionalidad de la valla del art. 623, CPCCN -o de un paralelo de los códigos provinciales- en tanto establece que: -Deducida la acción posesoria o el interdicto, posteriormente sólo podrá promoverse acción real-, a un interdicto de retener, puede sucederle una acción innominada de mantener.

La Comisión n. 5 declaró que: -Los hechos juzgados en el juicio posesorio, se trate de una acción policial o de una acción posesoria propiamente dicha, relativos a la existencia o no de la posesión o la tenencia, del ataque inferido y de la fecha en que se produjo, hacen cosa juzgada material-.

Esta conclusión quiere significar que lo que en la sentencia del respectivo proceso posesorio se tuvo por probado o por inexistente no puede ser objeto de revisión en otro proceso posesorio ulterior. Por ejemplo, si se resolvió, luego del análisis de las pruebas producidas, que hubo desposesión con violencia, no puede más tarde reeditarse tal controversia. Aunque huelgue decirlo, la cuestión fáctica relativa a la cuestión posesoria, tampoco podrá ser reabierta o revisada en el eventual juicio petitorio posterior.

g) Acción o denuncia de daño temido

El art. 2499, CCiv., establece en su párr. 2, que fue incorporado por la ley 17711 (Adla XXVIII-B-1810), que -Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares-.

Esta norma recoge uno de los paradigmas esenciales del moderno derecho de daños que, en la actualidad, no se circunscribe a su tradicional faceta reparatoria sino que pone especial énfasis en la función preventiva de los daños (8).

Tal función preventiva del derecho de daños ha sido plasmada en numerosas normas jurídicas (v.gr., Ley 24557 de Riesgos del Trabajo, ley 25675 -art. 4- entre muchas otras) (Adla LV-E-5865; LXIII-A-4).

Sin desconocer el carácter tutelar de la posesión y la tenencia por parte de esta preceptiva, las XXIII JNDV reconocen que su ámbito de aplicación trasciende al de las defensas posesorias y tiene un campo de acción más extenso.

En este sentido las XXIII JNDC ratificaron la declaración del dictamen de mayoría del IV Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969), que fue suscripto en su oportunidad por Mario Capón Filas, Jorge H. Alterini, Díaz Reyna, Stubrin, Sarrabayrouse, Varangt, Russomano, Moisset de Espanés, Beuk de Vanchio y Depetris, con la posterior adhesión de Adrogué, Borda y Laquis, en cuanto a que -La acción del párr. 2 del art. 2499 rebasa en parte el ámbito de la posesión-.

Este remedio constituye una acción con finalidad preventiva del daño.

h) Las propuestas de lege ferenda

Las declaraciones de lege ferenda relativas a la defensa judicial de las relaciones reales se vinculan con las objeciones que en los tópicos especiales ya hemos abordado en particular.

En este sentido, se propició: -1. El régimen de la defensa judicial previsto en el Libro Tercero, tít. 3, CCiv., debe simplificarse dejándose un solo juego de acciones de manutención y de recupero a la manera del Proyecto de Código Civil de 1998. 2. La legitimación activa de tales acciones debe ser amplia, comprendiéndose tanto a la posesión como a la tenencia-.

Ya se ha dicho que el sistema vigente contempla cuatro vías defensivas. Por un lado, las acciones posesorias propiamente dichas *stricto sensu*, con legitimación activa restringida (poseedores calificados): 1. de recobrar y 2. de manutención; y, en segundo término, las llamadas policiales: 1. la de despojo, acordada a los poseedores en general y tenedores interesados y 2. la acción innominada de mantener, conferida a cualquier tipo de poseedor y a tenedores interesados o desinteresados.

Memoramos que cuando la lesión se produce como consecuencia de una obra nueva, la defensa judicial de la relación real puede canalizarse a través de cualquiera de estas acciones según el caso, es decir, si la obra produce sólo turbación, a través de la innominada de mantener o de la de manutención y si, en cambio, la obra trae aparejada una desposesión o despojo, a través de la acción de de recobrar o de la de despojo.

No parece justificarse un régimen tan atomizado y complejo pues, en definitiva, lo trascendente es que tanto la posesión como la tenencia tengan canales de protección ágiles que concreten la garantía de tutela judicial efectiva y coadyuven adecuadamente a la reafirmación del Estado de derecho.

El posesorio, en el que sólo se discute el hecho de la posesión o la tenencia y no el derecho de poseer, exige un trámite con mayor celeridad que el petitorio, en el que la controversia, que versa sobre *ius possidendi*, admite un tipo de proceso con mayor ámbito cognitivo, debate y prueba.

Las XXIII JNDC consideraron que el derecho de fondo debe contener en su texto un mandato relacionado con las características que debe reunir el proceso que encause los conflictos posesorios. Si bien es cierto que, como regla, el derecho sustancial no debe ingresar en los aspectos procesales, porque ello pondría en jaque a las autonomías provinciales, se hace la salvedad de los casos en que la vía de tutela es consustancial a la concreción del derecho.

Ello explica, por ejemplo, que el art. 2618, CCiv., según texto de la ley 17711, establezca que los problemas de vecindad vinculados a las inmisiones deban tramitar -sumariamente-.

Las XXIII JNDC dijeron al respecto: -4. Para dar seguridad a la norma de fondo, el Código Civil debe prever que las acciones tramiten por el proceso de conocimiento más abreviado existente en la ley procesal local-. Ese trámite será normalmente el del juicio sumarísimo, especie de proceso de conocimiento que está reglado en los diferentes códigos procesales de las provincias argentinas.

Finalmente, a propósito de las objeciones al régimen de los interdictos procesales a las que ya nos hemos referido, las XXIII JNDC se pronunciaron del siguiente modo: -Deben derogarse los regímenes locales de interdictos posesorios en cuanto signifiquen la superposición o creación de nuevas acciones al margen de lo previsto en el Código Civil-.

III. PUBLICIDAD POSESORIA Y PUBLICIDAD REGISTRAL

Los múltiples simposios que se desarrollaron desde 1968 a esta parte, en los que se abordó el tema de este título, han sido coincidentes en cuanto a que la publicidad registral en materia inmobiliaria, expandida más allá de los contornos de la hipoteca por las leyes 17711 y 17801, no ha significado el desplazamiento de la publicidad derivada de la posesión.

En la doctrina nacional, fue Jorge H. Alterini quien originariamente desarrolló con erudita argumentación esta noción central de la subsistencia de la publicidad posesoria. En su ya clásico aporte: -La buena fe y la publicidad inmobiliaria registral y extrarregistral (con una armonización entre la tradición y la inscripción registral)- elaborado en 1974 como aporte de la Delegación argentina al II Congreso Internacional de Derecho Registral (Madrid, 1974) [\(9\)](#). Allí, el maestro expuso e hizo tema de las numerosas situaciones jurídicas en las que la posesión, u otros estados de hecho, asumen la función de publicidad en materia inmobiliaria; v.gr., en la prescripción adquisitiva; en el derecho de retención (art. 3946, párr. 2), en el asentimiento del cónyuge no titular necesario en inmuebles propios según el art. 1277, CCiv.; en los boletos de compraventa otorgados en relación con inmuebles excluidos del régimen de las leyes 14005 y 19724, entre otras [\(10\)](#).

En línea con estas ideas, las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981), declararon: -Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe-.

Dos años más tarde, las Primeras Jornadas Mendocinas de Derecho Civil (Mendoza, 1983) se pronunciaron en el siguiente sentido: -Publicidad posesoria. a) En el derecho positivo vigente conserva toda su trascendencia la publicidad posesoria; b) Existirá publicidad posesoria cuando a través de ella los terceros interesados hayan conocido o podido conocer la realidad extrarregistral; c) En el supuesto de colisión entre las publicidades posesoria y registral primará la precedente en el tiempo-.

Otro evento trascendente, el Primer Encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe, 1987), postuló: -En

nuestro Derecho positivo, la publicidad de las relaciones jurídicas reales inmobiliarias sobre la base de la posesión, conserva su vigencia y eficacia en determinadas circunstancias, no obstante lo dispuesto por el art. 2505, CCiv., y las normas correlativas de la ley registral 17801-.

Por otro lado, el Segundo Encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe, 1988), ratificó estas ideas: -No obstante reconocerse la superioridad técnica de la publicidad registral en materia inmobiliaria, con relación a la publicidad posesoria, debe destacarse que la posesión constituye la exteriorización de una situación jurídica real, de innegable trascendencia publicitaria, cuando se aprecia no desde el punto de vista fugaz de la tradición sino ejercida y prolongada en el tiempo durante el lapso razonable. En ciertas circunstancias, la posesión, con las características de quieta, pública, pacífica e inequívoca, prevalece sobre la situación registral (contra tabulas) tales ¿entre otros¿ como los supuestos de usucapión larga o en los conflictos con los acreedores del transmitente mediando boleto de compraventa de fecha cierta, lo que se explica por el sistema de inscripción registral declarativa no convalidante adoptado en materia inmobiliaria-.

Es decir, la reforma de la ley 17711 al art. 2505 y la ley de registro de la propiedad inmueble 17801, ambas vigentes desde el 1/7/1968, a pesar de incluir a la inscripción registral de los títulos inmobiliarios para oponibilidad a terceros interesados de buena fe, no ha erradicado a la publicidad de la posesión. Ésta conserva una de las funciones connaturales a su estirpe material y fáctica, es decir, la de ser divulgadora de la situación jurídica que se adjudica quien tiene -la cosa bajo su poder con la intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad- (art. 2351, CCiv.) (11).

La Comisión 5 de las XXIII JNDC, por 40 votos (12) contra 4 (13), emitieron la siguiente declaración de lege data: 1. Colisión. Prioridad. Se reitera lo declarado en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981) cuando dijo: -Cuando entran en colisión la publicidad posesoria y la publicidad registral inmobiliaria, triunfa la primera en el tiempo, siempre que sea de buena fe-.

Una de las proyecciones de la subsistencia de la publicidad posesoria, que fue abordada en particular por el simposio cuyas conclusiones comentamos, se refiere a la de la prescripción adquisitiva larga. No puede pasarse por alto que la posesión, para dar lugar a la usucapión, tiene que ser pública, en el sentido que se infiere de la nota al art. 2479, CCiv.: -Exigir la publicidad de la posesión, no es exigir que sea conocida del propietario, basta que sea tal que el propietario haya podido conocerla-.

Como dice Núñez Lagos: -La posesión ¿que es además la base de la usucapión¿ es la quiebra del sistema inmobiliario del Registro de la Propiedad- (14).

La hipótesis que se planteó en el debate fue la de quien adquiere la propiedad de un inmueble por título otorgado por quien es titular registral a pesar de que la finca, a la fecha del otorgamiento del acto, ya fue usucapido por un poseedor. Se trata de definir si, la publicidad derivada de la posesión de quien prescribió, triunfa o no ante quien invoca un título inscripto otorgado por quien ya ha perdido el dominio.

La Comisión declaró: -Prescripción adquisitiva inmobiliaria larga. La adquisición por usucapión larga no requiere la sentencia ni su registración para su oponibilidad a terceros. El titular registral que perdió el dominio del inmueble por efecto de la usucapión carece de facultad dispositiva. El tercero adquirente del titular registral no propietario carece de título suficiente, aunque estuviese inscripto; de posesión, por ausencia de vacuidad (art. 2383, CCiv.) y de buena fe, en razón de que sabía o debía saber que requería de la tradición efectiva del inmueble para adquirir el derecho que se ejerce por la posesión-.

La declaración de las Jornadas es coherente con el sistema vigente. En efecto, el título que invoca el adquirente no es suficiente porque el transmitente ya ha perdido el dominio como consecuencia de la usucapión. Por otro lado, el adquirente nunca pudo adquirir la propiedad ya que si el inmueble estaba poseído por un tercero, la tradición no se concretó porque la posesión no era vacua y sin tradición, como es sabido, no se adquiere el derecho real (arts. 577 y 3265, CCiv.).

Otro de los casos en los que la posesión irrumpe y desarticula la publicación registral se presenta cuando el inmueble ha sido prometido en venta ¿o por acto equivalente¿ por instrumento privado (boleto). ¿Qué sucede cuando se enfrenta un poseedor por boleto de compraventa no inscripto y otro acreedor del titular registral? Para comenzar, la Comisión n. 5 deja en claro en qué condiciones el poseedor por boleto puede gozar de prioridad.

El primer condicionante es la fecha cierta, es decir, el boleto de compraventa que invoca el poseedor debe tener fecha cierta anterior a la registración del título que se le quiere oponer. Este requisito tiene aval en lo que establece el art. 1034, CCiv., ya que: -Los instrumentos privados, aún después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores a título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos-. No dudamos que este requisito está implícito en los arts. 1185 bis, CCiv., y 146, párr. 2, ley 24522 (Adla LV-D-4381) pues no existe una razón que autorice eludir las reglas generales en materia de instrumentos privados. Por cierto, es

dominante la tesis que ve en el art. 1035, CCiv., el que se refiere a los diferentes supuestos en los que un instrumento privado puede adquirir fecha cierta, un alcance meramente enunciativo y no taxativo. Lo relevante es que no existan dudas en cuanto a la existencia del boleto, como causa legítima de adquisición de la posesión y en cuanto a que su fecha es anterior a la de la inscripción del instrumento que se le pretende oponer.

La segunda exigencia es la posesión de buena fe, además de que ésta, lógicamente, se haya iniciado también con anterioridad a la inscripción título con el que se enfrenta. Está claro que lo que proporciona la publicidad es el hecho de la posesión. La buena fe en el poseedor por boleto se concreta cuando su creencia de legitimidad deriva del hecho de que la promesa de venta provenga, ya del titular registral, ya de un encadenamiento sucesivo y regular de transmisiones, iniciada en una promesa de aquél.

En este sentido, se concluyó: -La oponibilidad a terceros de la posesión de un inmueble fundada en un boleto de compraventa o negocio equiparable no inscripto requiere: a. Posesión y boleto de fecha cierta (o certidumbre fáctica de su existencia) anteriores a la registración del documento que invoca el tercero ¿adquirente, acreedor inhibiente, embargante, etc.¿; b. Buena fe. La buena fe requiere que el poseedor haya adquirido del titular registral o a través de una cadena regular de transmisiones-.

Dentro del despacho mayoritario que, como ya dijimos, fue obtenido por 40 votos contra 4, hubo diferentes posturas respecto al tema de la colisión del poseedor por boleto y los acreedores hipotecarios o embargantes.

La tesis que obtuvo una amplia adhesión fue la que aplica las reglas generales antes expuestas: -El adquirente con boleto en las condiciones precedentemente descritas triunfa en el conflicto de oponibilidad frente al acreedor hipotecario y el acreedor embargante. La buena fe del acreedor hipotecario requiere la previa constatación del estado posesorio del inmueble (Mayoría)-.

Es decir, si la posesión de buena fe se inició antes de la registración de la hipoteca o el embargo y se funda en un boleto de compraventa que tiene fecha cierta anterior a la fecha de inscripción de tales documentos, triunfa en la colisión el poseedor por boleto. Hemos hecho tema de esta controversia en otra oportunidad, al comentar la sentencia de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa del 19/2/2007 en la causa -Aguas de Formosa v. Frigorífico Norte S.R.L.- y la de la sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial [\(15\)](#).

IV. SISTEMA DE ADQUISICIÓN DE LOS DERECHOS REALES INMOBILIARIOS

a) La regulación legal de los derechos reales: radiografía de un modelo de país

El régimen jurídico de los derechos reales habla per se y mucho acerca de la nación que lo adopta, acaso de quienes tienen potestad para diseñarlo e imponerle fuerza normativa; entraña en verdad una suerte de radiografía del modelo económico, social y político imperante, de la filosofía que se respira, de los valores que se priorizan y también, por cierto, de los aspectos que se minimizan.

Es conocida la presencia dominante del orden público en esta área del derecho civil, como ocurre también en el derecho de familia, en este último acaso con mayor intensidad y proyección en la vida cotidiana de las personas.

El orden público cumple en la disciplina de los derechos reales un papel preponderante [\(16\)](#), el que se exterioriza a través de las llamadas normas estatutarias o imperativas, es decir, las que no pueden ser dejadas sin efecto por medio de los negocios jurídicos particulares, que además se distinguen de las normas meramente reglamentarias [\(17\)](#) que sólo operan a falta de una disposición contraria.

El orden público encorseta el campo de acción del sujeto, acota el universo de la negociación y en el caso puntual de los derechos reales limita tanto la posibilidad de constituir sobre los objetos derechos reales diferentes a los expresamente permitidos en un catálogo cerrado, como también el contenido, estructura y dinámica de cada uno de ellos; sus alcances, modalidades de constitución, desarrollo, modificación y extinción.

La pronunciada incidencia del orden público en esta materia es fundamentada por Vélez Sarsfield, con especial énfasis, en la nota a dos artículos del Código Civil emplazados en la regulación del usufructo. En la correspondiente al art. 2828 se lee: -la naturaleza de los derechos reales, en general, está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares-. Por otro lado, en la que vierte al pie del art. 2825, puntualiza: -El usufructo no es una cosa de pura convención: su naturaleza está fijada por la ley, por las consecuencias en el orden social del establecimiento de la propiedad en los bienes inmuebles-.

La primera definición importante que incluyó el Código Civil argentino desde su texto originario de 1871, mantenida en sus reformas ulteriores, que no solemos memorar, al darla por sobreentendida como nación tributaria del sistema capitalista, atañe al reconocimiento y defensa de la propiedad privada de la tierra y de los

medios de producción, en consonancia con los postulados de la Constitución Nacional (arts. 14 y 17, CN).

En este aspecto, nuestro sistema jurídico repudió las legislaciones construidas sobre una base filosófica marxista, que reduce la propiedad personal a los bienes de uso y consumo individual, en el entendimiento de que sólo -estableciendo la propiedad social sobre los medios e instrumentos fundamentales de producción pueden eliminarse el antagonismo de clases y la explotación del hombre por el hombre, y afirmarse las relaciones de cooperación socialista- (18).

Ahora bien, aunque el Código Civil de 1871, que redactara Dalmacio Vélez Sarsfield, no desconoció las implicancias sociales de la propiedad, tanto que nutrió al dominio de un sinnúmero de límites a su ejercicio (ver el tít. VI del Libro Tercero) y a su vez expresó, en la nota al art. 2508, que el dominio existía: -en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual-; no puede ocultarse que la regulación de los derechos reales respondió a postulados filosóficos propios de su tiempo, los de un liberalismo e individualismo exacerbado.

Alguna vez se dijo que el texto de 1871 entrañaba un Código colonizador y que, a través de la afirmación de un derecho de propiedad absoluto, se pretendía alentar la inmigración europea.

La ley de reformas 17711 de 1968, al dar nueva redacción a los arts. 2513 y 2514, CCiv., entre muchos otros, eliminó de su letra las bases de esa inspiración de corte individualista y recogió tanto la noción de -función social de la propiedad- como la censura al uso abusivo del derecho. Así, el art. 2513 dice actualmente: -usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular-, en contraste con su anterior redacción que rezaba: -usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla y destruirla-. Por otra parte, en el art. 2514 hoy se lee: -El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo-.

De seguro estuvo en la mente de los autores de la reforma de la ley 17711 el desarrollo conceptual elaborado por la doctrina social cristiana acerca de la cuestión de la propiedad de la que se hizo tema en las llamadas encíclicas sociales, tales como *Rerum Novarum* (1891, León XIII), *Cuadragésimo anno* (1931, Pío XI), *Mater et Magistra* (Juan XXIII, 1961), entre otras, que muchos en ese entonces, entre ellos el profesor Guillermo A. Borda, mentor principal de la modificación legal, catalogaban como una visión superadora entre el capitalismo liberal y los sistemas que negaban las ventajas de la propiedad privada.

Sin embargo, ni el Código Civil de 1871 ni sus posteriores reformas, dejaron espacio a la vigencia de la propiedad comunitaria de la tierra de las comunidades originarias; es decir, no permitieron su desarrollo en paralelo con la propiedad de corte privatístico que diseña el Código Civil. Esta especie de propiedad, que poco tiene en común con la que legisla el Código Civil (19), recién obtuvo un reconocimiento definido y completo con la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 17), más allá de las expresiones normativas previas, nacionales o locales, de menor alcance (20).

En el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos -Guari, Lorenzo v. Provincia de Jujuy y sucesores de Fernando Campero-, del 9/9/1929 (Fallos 155:302), con una óptica encerrada en la creencia de que los únicos derechos reales aceptables eran los regulados con ese carácter en el Código Civil, puso énfasis en que no existía otro tipo de propiedad comunitaria que la del condominio legislado por los arts. 2673 y ss., de tal cuerpo normativo. Se infiere así, que la Corte Federal distinguió implícitamente la distinta naturaleza de los derechos reales del Código Civil y la de la propiedad comunitaria indígena, por entonces no reconocida legalmente.

Podemos ver de este modo cómo el derecho positivo, a través de la regulación de los derechos reales, ya desde lo que permite, ya desde lo que prohíbe u omite, concreta definiciones con consecuencias más que relevantes como lo fue, en este último caso, el de marginación de un sector poblacional tan importante y vulnerable: el conformado por quienes se reconocían o aún se reconocen como parte de los pueblos indígenas originarios de este país. Debemos recordar que, en verdad, la negación de la propiedad comunitaria importó no solamente la lesión del derecho de propiedad de las tierras tradicionalmente ocupadas, sino también la del derecho a la identidad de las personas afectadas, pues ya no es posible dudar en cuanto a que el tema excede a la cuestión estrictamente patrimonial. No se olvide que los aborígenes mantienen con la tierra una relación espiritual o religiosa, es decir, no meramente patrimonial; el aborígen sin tierra no puede alcanzar su identidad, pues ésta representa un espacio cultural, penetrado de valores y tradiciones; la tierra es un ámbito comunitario, no es de uno o de otro, no es mía ni tuya, lo que denota una noción completamente ajena a la privatista e individual que refleja del Código Civil argentino; la relación entre la persona y la tierra se encuentra invertida: no es la persona la propietaria de la tierra, sino la tierra la propietaria de la persona y por último, los aborígenes tienen con la tierra una relación dialógica, la Pachamama es la madre con quien se conversa, la madre a quien se cuida, se quiere y se abraza.

Con lo expuesto queremos significar que no podemos minimizar el impacto que la regulación de los derechos de propiedad puede llegar a tener en la sociedad cuyas relaciones aspira a regular; en otras palabras, cuánta prosperidad puede impulsar o, en contraposición, cuánta perturbación o daño puede provocar a los derechos humanos fundamentales.

Hicimos estas reflexiones previas para advertir que la proyección virtuosa o nociva del régimen jurídico de los derechos reales puede provenir tanto del diseño de sus grandes líneas fundacionales, como también de otros aspectos vinculados a su estructura o dinámica los que pueden convertir al sistema de la propiedad, concretamente al de la propiedad privada de la tierra, ya sea, en un régimen de acceso generalizado, basado en parámetros de igualdad o, acaso en otro en el que aquélla esté reservada sólo para algunos pocos, excluyéndose del reparto a los sectores más desprotegidos o vulnerables de la comunidad que tienen mayor dificultad o en algunos casos vedado un acceso adecuado a la defensa judicial de sus intereses jurídicos. En términos más sencillos, un Código Civil puede tener un diseño que promueva el acceso a la propiedad de la tierra para todas las personas; o bien otro que fortalezca la concentración de la riqueza ¿incluida la territorial¿ en manos de los menos.

Estamos convencidos que mucho de esto puede llegar a ocurrir si se pretendiera suprimir, en las adquisiciones entre vivos, el requisito de la tradición material del inmueble para acceder al derecho real. Nuestro compromiso social nos impone una reflexión particular sobre la cuestión en estas líneas.

b) Adquisición de derechos reales inmobiliarios por actos entre vivos. La función constitutiva de la tradición. Registración de efectos meramente declarativos

1. Concurrencia de título y modo suficientes

En el sistema argentino de adquisición por actos entre vivos de derechos reales sobre inmuebles, resulta necesaria la concurrencia de título suficiente y modo suficiente. El solo consenso no es suficiente para producir la transferencia del derecho real.

2. Título suficiente

Un título suficiente es el acto jurídico que tiene por finalidad transmitir el derecho real, revestido de la forma legal, otorgado por un disponente capaz y legitimado para el acto y que se aplique a la cosa poseída con causa en él. Si bien no existe un precepto legal que defina al título suficiente (21), sus requisitos se infieren de la interpretación de distintas normas del Código Civil (arts. 2357, 4010, 4011, entre otros, CCiv.).

En el caso del dominio, son actos con finalidad de transmisión del dominio, verbigracia, el contrato de compraventa, el de donación, el de permuta, etc. Este acto debe ser hecho por escritura pública, con la salvedad de las adquisiciones en subasta pública (art. 1184, inc. 1, CCiv.); se trata del requisito de la forma. La legitimación atañe al facultamiento legal para el otorgamiento del negocio, en el caso del derecho real de dominio, los únicos legitimados transmitirlo son el/la dueño/a o los/as condóminos/as. El otorgante debe estar dotado de capacidad; un sujeto legitimado como dueño puede no obstante ser incapaz para otorgar el acto, por su minoridad, insania, inhabilitación, etc. Por último, el título debe referirse al inmueble cuya posesión fue entregada por la tradición; por ejemplo, un título relativo a la venta del lote n. 1 no es suficiente para adquirir el dominio del n. 2, a pesar de que se haya efectuado la entrega de buena fe por un error de hecho excusable.

Un justo título no alcanza para adquirir el derecho real, aunque sea seguido de la tradición. El justo título es aquél que satisface los requisitos del título suficiente con la salvedad de -la condición de la persona de quien emana- (art. 4010, CCiv.), es decir, no es un título suficiente porque falla o la legitimación del disponente (no es el propietario), o su capacidad (v.gr., la insania declarada). El justo título sólo servirá para adquirir el derecho real inmobiliario a través de la prescripción adquisitiva breve de 10 años cuando va unido a una posesión de buena fe (art. 3999, CCiv.).

El boleto de compraventa inmobiliaria no es ni título suficiente ni justo título, pues en ningún caso queda satisfecho el requisito formal impuesto por la ley: la escritura pública (art. 1184, inc. 1, CCiv.), más allá de que el sujeto que posee con causa en un boleto de compraventa puede recibir protección legal y prioridad cuando pugna con otro acreedor del promitente de venta o titular registral.

Tampoco el título putativo es un título suficiente para adquirir el derecho real y ni siquiera es útil para la usucapción corta (art. 4011, CCiv.). El título es putativo, según se infiere de los arts. 2357 y 4011, CCiv.: -a. si no es verdadero, o b. cuando es verdadero pero no se aplica a la cosa que se posee- (22).

3. Modo suficiente: la entregamaterial (tradición) traslativa del derecho real

El modo suficiente es la tradición traslativa del derecho real. Por de pronto, ésta debe contar con todos los recaudos exigidos para la tradición posesoria. Así, sólo se juzga que hay tradición cuando una de las partes

entrega voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibe (art. 2377, CCiv.), siempre que ambas sean capaces. La tradición de la cosa para ser tal debe ser hecha por actos materiales, ya de ambas partes, ya del que la entrega con asentimiento del que la recibe, ya del que la recibe asintiendo a lo que la entrega (art.

2379). La sola declaración del disponente de -darse por desposeído, o de dar al adquirente la posesión de la cosa- no constituye tradición porque, reitero, son necesarios actos materiales. En otro orden de ideas, debe tratarse de una posesión vacua, es decir, vacía, lo que quiere significar que la cosa debe estar -libre de toda otra posesión, y sin contradictor que se oponga a que el adquirente la tome- (art. 2383).

A lo expuesto debe sumarse que para que la tradición, además de tradición posesoria, sea tradición traslativa del derecho real, debe estar fundada en un título suficiente (art. 2602), ser hecha por un legitimado con capacidad y ser recibida la cosa por un sujeto capaz de adquirir (arts. 2601 y 2603, CCiv.).

Existen supuestos en los que no son necesarios actos materiales. Ello ocurre tanto en la traditio brevi manu como en el constituto posesorio que son sucedáneos de la tradición.

La traditio brevi manu se produce -cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro- (art. 2387). Esto sucede, por ejemplo, cuando el locatario adquiere el dominio de la cosa que tenía en alquiler, o bien cuando el inmueble es adquirido por un tercero y el locatario continúa teniendo la cosa aunque ahora a nombre del nuevo adquirente. En el primer supuesto, basta el acuerdo de voluntades para intervenir la relación real; en el segundo, es necesaria la notificación al tenedor, notificación que puede realizar tanto el que transmite como el que adquiere.

El constituto posesorio es legislado por el art. 2462, incs. 3 y 6, CCiv. Aquí acontece que la persona propietaria de un inmueble transmite su derecho a otra y a continuación se constituye en tenedora, es decir, en poseedora a nombre del adquirente. Tampoco aquí son necesarios actos materiales para que se tenga por concretada la entrega.

A pesar de lo establecido por el art. 2609, CCiv., cuya letra parecería sugerir que el título suficiente siempre debe preceder a la tradición, no se duda que aquél puede ser tanto anterior como posterior a la entrega efectiva de la cosa. Lo que ocurre es que, cuando el título suficiente se concreta con posterioridad a la tradición posesoria, ésta no fue traslativa del derecho real sino mera tradición posesoria; la posesión ilegítima mutará a posesión legítima sólo al tiempo de celebración del título suficiente.

Todos estos requisitos son de rigor no sólo para adquirir el dominio sobre los inmuebles, sino también los restantes derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión, aunque con las particularidades específicas de cada uno de ellos. Así, por ejemplo, el título suficiente para adquirir el derecho real de anticresis puede ser otorgado por el usufructuario y no solamente por el dueño (art. 3241).

En el caso de la hipoteca o de las servidumbres negativas, no es necesaria la tradición de la cosa para adquirir el derecho real pues no se está ante derechos reales que se ejerzan a través de la posesión. Por otro lado, en cuanto al resto de las servidumbres activas, -el uso que el propietario de la heredad a quien la servidumbre es concedida haga de ese derecho, tiene lugar de tradición- (art. 2977).

La tradición posesoria sin título suficiente no es idónea para transmitir el derecho real y tampoco el mero título suficiente sin tradición alcanza para constituirlo. Los arts. 577 y 3265, CCiv., son claros. En el primero se lee: -Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real- y en el segundo: -Todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona, sólo pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones-.

La referencia del art. 3265, CCiv., a las sucesiones atañe a las adquisiciones mortis causa. Efectivamente, tanto el heredero como el legatario de cosa cierta son propietarios de la cosa desde el momento mismo de la muerte del causante (arts. 3420 y 3766), sin necesidad de entrega material. En esta área, el título y el modo concurren en el mismo instante del deceso del autor de la sucesión.

Por último, es regla en el sistema argentino que el pago del precio no incide ni subordina la transmisión del dominio ya que el pacto comisorio opera únicamente como condición resolutoria (art. 1374, CCiv.), con la salvedad del caso del art. 3923, CCiv., que, en verdad, exhibe un supuesto de hecho muy poco probable en el derecho vivo (23).

Como se ve, en nuestro sistema de los derechos reales la tradición tiene función constitutiva del derecho real y además, valga insistir sobre la idea, debe ser hecha por actos materiales.

Vélez Sarsfield, en seguimiento del sistema romano, adopta el sistema del título y el modo, apartándose del sistema de transmisión del dominio por el solo consenso que recogiera el Código Napoleón -1804-, al que

critica fuertemente en la nota al art. 577, CCiv. Por otro lado, Vélez considera que la tradición, entendida como entrega por actos materiales, es imprescindible como medio de transmisión del derecho real. En este tópico el Codificador se separa de Freitas pues, para Vélez, la tradición debe ser efectiva y hecha por actos materiales, mientras que para el brasileño la inscripción del título en el registro inmobiliario funciona como tradición (art. 3809, Esboço para Brasil) (24).

El derecho español también se asienta en la teoría del título y el modo (art. 609, CCiv. Español), aunque en ese país la entrega material sólo es considerada como una especie del género -tradición-, es decir, únicamente una más de las distintas formas de la tradición ya que, según el art. 1462, párr. 2, CCiv. de España, el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa si de ella no resulta o se deduce lo contrario; añadiendo la jurisprudencia española que tal equivalencia también puede ser destruida por hechos incontrovertibles de la realidad física y jurídica (25). Es lo que suele denominarse tradición instrumental.

El Código Civil de Brasil -2002- exige título y modo. En materia de cosas muebles, el derecho real -sólo se adquiere con la tradición- (art. 1226) y, en cuanto a los inmuebles, sólo se adquieren con la trascripción o inscripción en el Registro de Inmuebles de los títulos respectivos (ver los arts. 1245 a 1247 y 1227). Es decir, la registración tiene efectos constitutivos del derecho real. El mismo régimen imperaba en el Código Civil de Beviláqua de 1916 (art. 530).

Alemania tampoco acepta el sistema franco-italiano de transmisión solo consenso. En materia mobiliaria se exige, además del acuerdo, la tradición (art. 929, BGB).

En materia de inmuebles, el sistema alemán realiza una distinción entre el negocio obligacional (por ejemplo, la compraventa) y el negocio dispositivo o acuerdo real (Auflassung), el que es abstracto. En virtud del principio de abstracción -no existe una conexión causal entre el negocio real y el negocio obligacional- (26). Para que opere la transmisión del dominio se requiere la celebración del Auflassung y la inscripción en el registro. La inscripción registral tiene efectos constitutivos del derecho real (parágr. 873, BGB) y sin ella no se produce la mutación jurídico-real.

El Código Civil italiano recogió el sistema francés de la transmisión por el mero consentimiento (art. 1376, CCiv. Italiano de 1942) y, entre los países de la región, el Código Civil de Perú sigue esa misma política de legislar. En efecto, según lo regla el art. 949, CCiv., peruano: -La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario-. Como se postula en la doctrina: -El contrato de enajenación de inmuebles tiene efectos reales, además de obligatorios-. La transferencia de la propiedad inmueble se produce inmediatamente que se perfecciona el contrato (27), habiendo puntualizado la Corte Suprema de ese país que la inscripción en los registros públicos no es constitutiva de derechos y no se exige para que la transferencia quede perfeccionada (28).

4. La registración del título suficiente. Efectos meramente declarativos. Oponibilidad a terceros interesados de buena fe

La registración del título fue instituida en el Código Civil de Vélez Sarsfield -1871- solamente para la hipoteca, con efectos meramente declarativos y dirigida exclusivamente a la oponibilidad a terceros interesados de buena fe.

Con independencia de algunas voces aisladas, la letra del código no deja espacio para controvertir lo que acabamos de afirmar, ya que, entre otras preceptivas, su art. 3135 establece: -las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripción; y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada-. Es decir, la hipoteca nace con el título suficiente y fuera del registro. Un sistema es de registración constitutiva sólo cuando el derecho no nace a la vida jurídica sino con la inscripción y el texto argentino no condiciona a tal procedimiento el nacimiento del gravamen real.

Se explica el empleo de tal sistema de publicidad para la hipoteca ya que en ésta no existe ni tradición (la cosa permanece en poder del dueño), ni ejercicio por la posesión.

La proliferación de leyes locales que, a espaldas de la cláusula constitucional de los Códigos de fondo (art. 67, inc. 11, CN de 1853; hoy 75, inc. 12), exigían la inscripción de los títulos con fines de publicidad, invalidadas por la Corte Federal (29), fue una de las causas que impulsó la modificación que sobre el tópico produjeron las leyes 17711, de reformas del Código Civil y su complementaria ley 17801 de Registro de la Propiedad Inmueble (Adla XXVIII-B-1929), ambas con vigencia desde el día 1/7/1968, habiendo sido medular la sustitución del art. 2505, CCiv., con cuya nueva redacción se extendió la necesidad de registración de los títulos relativos a los restantes derechos reales inmobiliarios distintos de la hipoteca, también con efectos meramente declarativos de oponibilidad a terceros interesados de buena fe, como lo confirman en su literalidad

los arts. 2 y 20, ley 17801. Así, el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1969), declaró, a propósito de la reforma de la ley 17711: -En el actual régimen la inscripción registral no es necesaria entre partes y su exigencia se refiere a los efectos respecto de terceros-.

La idea de que la inscripción registral en materia inmobiliaria sólo está pensada para la oponibilidad del título a los terceros interesados y que no es necesaria para cualquier tipo de tercero ya no puede ser controvertida, pues la ratio que elaborara la doctrina en derredor del art. 2505, CCiv., fue avalada por el derecho positivo, a través de la ley 25509 sobre Superficie forestal y de silvicultura -2001- cuyo art. 5, establece que aquélla es -a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados-. Si bien esta norma, que es complementaria del Código Civil (art. 14), reduce su ámbito al derecho real de superficie agraria, es obvio que da por sentado que lo que preceptúa es coincidente con el régimen de publicidad registral en vigor para todos los derechos reales inmobiliarios.

Por otro lado, el tercero interesado sólo puede prevalerse de la falta de inscripción si es de buena fe, es decir, cuando desconocía que la información proporcionada por el registro era inexacta. Ahora bien, para evaluar la buena fe del tercero, Argentina adopta un sistema subjetivo y no objetivo. Esto significa que al tercero no se lo califica como de buena fe únicamente porque para negociar basó su conocimiento en la información registral. Es también de mala fe quien conocía la inexactitud por otros canales distintos del registro o habría debido conocerla de haber actuado con diligencia.

Se trata de la buena fe creencia que consiste, como lo ha dicho la Corte Suprema, en -la impecable convicción de estar obrando con arreglo a derecho, y que constituye presupuesto indispensable para obtener la protección de la ley- (Fallos 318:2575).

No es de buena fe el tercero que se mantuvo pasivo y se consideró satisfecho con lo informado por el Registro. En los distintos simposios que han abordado la temática de la buena fe, se acepta que al tercero le es exigible un obrar activo. Así se declaró: -A los fines de configurar la buena fe exigida por el art. 1051 no basta la mera comprobación de la inscripción registral- (Terceras Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro, 1981); -Para ser considerado tercero de buena fe no bastará la existencia de una creencia ¿sin duda alguna¿ (argumento art. 4006, CCiv., y su nota) sobre una realidad jurídica determinada, sino que será necesario además que esa creencia o convicción vaya unida a un obrar diligente, prudente, cuidadoso y previsor, conforme a la doctrina de los arts. 512, 902, 1198, CCiv.- (Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, San Rafael, Mendoza, 1978); -el derecho argentino siempre exige una buena fe diligente y activa- (IX Congreso Nacional de Derecho Registral, Santa Fe, 1997).

Esto explica que la Corte Federal haya considerado de mala fe a quien negoció con el titular registral sin realizar un previo estudio de los títulos (Fallos 318:2575; 320:1571; 308:2461, entre otros), o al acreedor hipotecario que aceptó la garantía sin tomar conocimiento del inmueble que se le ofrecía como objeto del gravamen (Fallos 318:2575), supuesto este último en el que se comprobó que el acreedor hipotecario no había realizado constatación de la existencia de posesión y ocupación del inmueble, hecho que le habría permitido conocer la falta de posesión por parte del deudor hipotecario (ver el consid. 5 del voto de mayoría). En la misma línea, la Corte Suprema consideró negligente a la entidad financiera que no concurrió a reconocer el campo sobre el que se constituyó la hipoteca, invocando el Alto Tribunal lo previsto por el art. 902, CCiv. (Fallos 308:2461).

Aunque la asunción del criterio subjetivo de valoración de la buena fe en el tercero se infiere de una multiplicidad de preceptos del Código Civil (30), los que no fueron desautorizados por la reforma de las leyes 17711 y 17801, es altamente ilustrativa la Nota de Vélez Sarsfield al art. 3136 pues el codificador deja allí bien en claro que, a los fines de la publicidad registral que diseña para la hipoteca, el Código Civil argentino adopta tal criterio. En efecto, luego de criticar la solución objetiva del art. 1071, CCiv. Francés, que resta relevancia jurídica al conocimiento que el tercero hubiere podido tener -por otras vías que la de la inscripción-, afirma: -Pero un sistema más razonable y más moral prevalece en Inglaterra y en los Estados Unidos, según lo dice Kent en su Comentario a las Leyes Americanas y es la de nuestro artículo, pues juzga que sería un deshonor de la ley, que los jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara-.

En síntesis, el tercero interesado, para prevalerse de la falta de inscripción debe ser de buena fe. Por cierto, su buena fe se presume, como derivación del principio general de buena fe del derecho privado; empero, quien alega que la inexactitud del registro era conocida efectivamente o debía ser conocida por el tercero de haber obrado con la debida diligencia, puede acreditarlo en juicio para lograr que a éste le sea oponible la situación jurídica que no tenía reflejo registral.

En el derecho español la buena fe del tercero se valora también en base a un sistema subjetivo. En la doctrina de ese país se predica la existencia de una directriz general, elaborada al amparo de lo previsto por el

art. 35, Ley Hipotecaria, que: -el adquirente está obligado, para ser considerado de buena fe, a una actitud activa siempre y cuando existiesen ζ medios racionales y motivos suficientes para conocer que la titularidad del transmitente no era acorde con la publicada por el registro- (31).

Recordemos que en España la inscripción es no sólo voluntaria sino también únicamente declarativa, con la salvedad de la hipoteca (arts. 1875, CCiv.; y 145, Ley Hipotecaria).

En otro orden de ideas, para que el tercero interesado de buena fe pueda beneficiarse de la inoponibilidad no es necesario que haya publicitado en el registro el derecho que pretende se priorice. Así lo declararon las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981): -Las mutaciones jurídico reales sobre inmuebles no inscriptos son inoponibles a los terceros con interés legítimo que sean de buena fe, tengan o no emplazamiento registral-.

La inscripción del título que estableció la reforma de la ley 17711 al Código Civil en el art. 2505 para las adquisiciones entre vivos, que dicho sea de paso sólo es voluntaria y no imperativa, no desplazó la función constitutiva de la tradición. El derecho real inmobiliario nace con el título suficiente y la tradición del inmueble, aunque la registración nunca se concrete. La inscripción sólo entraña -un nuevo requisito que con fines de publicidad se adiciona al título suficiente y al modo suficiente-, como lo declararon las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981).

Por otro lado, la inscripción registral del título no está subordinada a que quien la solicita acredite que ya se ha realizado la tradición del inmueble pues ninguna norma legal lo exige ni expresa ni tácitamente. En este sentido se pronunciaron las ya recordadas VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 1981).

c) Quid de la necesidad de modificar el régimen de adquisición de derechos reales inmobiliarios, desplazando la función constitutiva de la tradición material, sustituyéndola por la inscripción registral (registración constitutiva)

En los albores el siglo XX fueron presentados ante el Parlamento varios proyectos de reforma del Código Civil que postularon un sistema extendido de la registración en materia inmobiliaria más allá de la hipoteca, ya prevista por Vélez Sarsfield en el texto legal de 1871.

En 1902 se conoció el Proyecto del Diputado Julio Barraquero, quien propugnaba agregar al final del Código Civil un artículo, el 4054, que estableciera: -en todos los casos en que este código exige la tradición, en la constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, se juzgará hecha esa tradición, por la inscripción en el registro de la propiedad, de los respectivos instrumentos públicos-.

Memoramos también el Proyecto del Profesor José Galiano, presentado ante la Cámara de Diputados en 1904. Como señalaba Salvat: -Se trataba aquí de un proyecto de ley bajo el sistema ζ Torrens, el cual estaba acompañado de un proyecto complementario, destinado a reglamentar la aplicación de la ley en la Capital Federal y territorios nacionales- (32).

Los proyectos de reforma integral del Código Civil que se elaboraron durante la primera mitad del siglo XX reflejaron esas ideas orientadas, como bien se puede leer, hacia la recepción de una registración inmobiliaria con efectos constitutivos quitándoselos a la tradición efectiva.

Así, el art. 2398 del Anteproyecto de Bibiloni establecía: -La transmisión del dominio de un inmueble convenida entre el enajenante y el adquirente, se realiza por la inscripción del acuerdo en el registro-.

El Proyecto de Reforma de 1936 incluyó una disposición idéntica a la de Bibiloni en su art. 1482.

Por otro lado, el art. 1492, inc. 1, Anteproyecto de 1954, disponía: -Se adquiere el dominio de los inmuebles: 1.

Por inscripción del título de adquisición en el Registro Inmobiliario-.

Como bien se puede observar, en todos estos proyectos la tradición era reemplazada por la inscripción del título, manteniendo aquélla su función constitutiva del derecho real únicamente en las cosas muebles no registrables.

En 1961, el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil llevado a cabo en Córdoba recomendó: -Que mientras se realice la revisión general del Código Civil, se sancione una Ley que disponga agregar el siguiente artículo: art. 4052: ζ ... La tradición requerida para la adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda y, en todos los demás casos, esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas. En los casos de transmisión hereditaria la inscripción tendrá efecto retroactivo al día del fallecimiento del causante-.

Se produjo en 1968 la reforma al Código Civil por la ley 17711 y se dictó como ley complementaria la 17801 de Registros de la Propiedad Inmueble que extendió el sistema de inscripción registral con efectos meramente declarativos existente para la hipoteca, a todos los derechos reales inmobiliarios y conservando en la tradición su función constitutiva del derecho real.

Al hacer tema de tal reforma y en particular del renovado texto del art. 2505, CCiv., explicaba Peña Guzmán: -La nueva norma ha venido a aquietar las protestas de la mayoría de nuestros tratadistas bajo un doble aspecto, el de la deficiencia del sistema hasta hace poco vigente y la ausencia de una norma que ayudara o supliera a la tradición como modo de adquirir el dominio de las cosas inmuebles- (33).

Las aspiraciones de la doctrina civilista hasta entonces dominante, que propugnaba un sistema constitutivo, a la manera del Esboço de Freitas (art. 3809) o del Código Civil de Chile (art. 686), no habían sido satisfechas plenamente por la reforma legal de 1968.

Ello explica la insistencia del mundo académico captada por el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en 1969 en Córdoba, el que emitió la siguiente declaración: -Se recomienda reemplazar el actual régimen por un sistema registral inmobiliario constitutivo, que como principio rector, cuando el Código exige la tradición, la sustituya por la inscripción-.

Sin embargo, las propuestas de reforma del derecho privado que tuvieron lugar durante la segunda mitad del Siglo XX no se hicieron eco de aquellas ideas transformadoras del régimen constitutivo del régimen inmobiliario, pues en todas ellas se trasladó, como confirmación de las bondades aprehendidas a lo largo de su vigencia, el sistema de publicidad registral de efectos meramente declarativos, subsistiendo en paralelo la publicidad posesoria. Tal política legislativa está presente en el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial de 1987, que fue ley 24032 luego vetada, en el Proyecto de la Comisión Federal que tuvo media sanción en 1993 y en el Proyecto de Código Civil de 1998.

También en las recientes XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (San Miguel de Tucumán, 2011, a través de su Comisión n. 5 -Derechos reales-, se abordó el tema, resucitándose la cuestión de la conveniencia o inconveniencia de virar en Argentina hacia un régimen de inscripción constitutiva en materia inmobiliaria que reemplace a la tradición. En el seno de la Comisión triunfó por una mayoría implacable, de 40 a 4, la tesitura adversa a la adopción de un sistema registral inmobiliario de corte constitutivo y en sendas exposiciones, los Maestros Luis Moisset de Espanés y Jorge Horacio Alterini expusieron razones muy sólidas que sumaron convicción a la tesis victoriosa en el debate académico.

Nos contamos entre quienes defendimos en el referido simposio la necesidad de mantener a la tradición material con función constitutiva del derecho real inmobiliario así como el efecto meramente declarativo de la inscripción registral. En la ponencia que presentamos ante el Simposio, enfatizamos en la conveniencia de mantener la función constitutiva de la tradición como recurso para proteger a los poseedores con intereses legítimos, aludiendo en particular a aquellos sectores vulnerables de la sociedad argentina, muchos los cuales se encuentran normalmente marginados de acceso a servicios jurídicos, notariales o registrales.

Allí, luego de evocar el sistema de adquisición vigente, explicitamos del siguiente modo la conveniencia de mantener el régimen meramente declarativo: -4. El adquirente investido del título suficiente inscripto sin entrega efectiva no es dueño (arts. 577 y 3265, CCiv).

-5. Cuando el adquirente munido de un título suficiente inscripto pretende ser investido de la posesión, puede ocurrir que tal investidura posesoria no sea posible por la existencia de contradictores que se opongan a que el adquirente la tome (art. 2383, CCiv.).

-6. La vacuidad posesoria no significa que no deben existir ocupantes; en todo caso la norma requiere que el eventual ocupante no se arrogue un interés sobre la cosa que esté en contradicción con el invocado por quien pretende adquirir la relación de hecho.

-7. Tales contradictores pueden tener un interés legítimo al que el derecho le otorgue una prioridad en relación al adquirente como, verbigracia: el usucapiente con plazo legal cumplido; el propietario que no consintió la enajenación (por ejemplo, adquisiciones a non domino u otras ineficacias derivadas de actos nulos o anulables); la posesión de una comunidad indígena (art. 75, inc. 17, CN); el poseedor por boleto de fecha cierta anterior al título que invoca el accipiens (arts. 2355 y 1185 bis CCiv.; y 146, LCQ), etc.

-8. Si el derecho real del adquirente sin tradición de un derecho real que se ejerce por la posesión se alcanzase con la mera inscripción registral del título, todos esos poseedores, habitualmente personas vulnerables, cuya relación real comenzó a ejercerse con anterioridad al título o a la inscripción, verían avasallados sus derechos sin oportunidades reales de defenderse; no tendrían una protección adecuada a pesar de contar con un interés legítimo- En el sistema inglés, celoso de una inscripción constitutiva del derecho, propia

de los regímenes anglosajones, no ha podido superarse aún en la actualidad ¿a pesar de las sucesivas reformas en materia de derechos reales y derecho registral¿ la incidencia de situaciones jurídico reales (overriding interests) que, aunque no inscribibles, prevalecen sin embargo a derechos reales inscriptos. Por ejemplo, la posesión del usucapiente en curso, el titular de una renta real que se revela a través de la posesión de un tercero, servidumbres activas de constitución implícita.

Tampoco el sistema brasileño parece responder a las necesidades de saneamiento de titulaciones pues, a pesar de ser tributario del sistema registral constitutivo, la doctrina de ese país ilustra acerca de una gran parte de tierras que se encuentran fuera de la registración y circulando en el mercado mediante instrumentaciones sin emplazamiento registral. Algo semejante acontece en el sistema inglés mediante la creación de derechos reales sobre inmuebles no matriculados (unregistered Doctrine 24 land) aproximadamente de las tierras de Inglaterra y Gales- con lo cual, las situaciones de hecho impactan en la realidad de los sentidos con mayor eficacia y fortaleza.

-9. En la actualidad, una parte sustancial de las tierras de nuestro país son poseídas por personas sin títulos suficientes (poseedores por boleto) o por propietarios sin acceso al registro y, lo que es peor aún, sin posibilidades reales de acceder a los registros inmobiliarios.

-10. Un sistema jurídico debe atender a las necesidades de todos. No obstante, la Constitución Nacional en su art. 75, inc. 23, impone al Congreso el dictado de normas que propendan al logro de oportunidades en condiciones de igualdad.

-11. La función constitutiva de la tradición es, cuanto menos, un medio de gran utilidad para la protección de los más vulnerables, resguardo que no suministra la inscripción constitutiva del derecho real-.

Reiteramos aquí estas nociones y aplaudimos que las XXIII JNDC hayan emitido un pronunciamiento favorable a la subsistencia del régimen adquisitivo vigente.

Así, se lee en las conclusiones mayoritarias referidas al tema examinado: -La adopción de un sistema registral inmobiliario con efectos constitutivos significa un retroceso en la dinámica adquisitiva de los derechos reales. La inscripción constitutiva no responde ni atiende a la realidad de los hechos, desprotege a los poseedores y ello repercute negativamente en la seguridad jurídica tanto dinámica como estática- (34).

A esta conclusión, un número importante de profesores, que hicieron mayoría, añadieron la siguiente conclusión: -1. Una futura reforma del Código Civil debe mantener la coexistencia de las publicidades posesoria, cartular y registral. 2. La protección de los intereses legítimos de los poseedores hace aconsejable la conservación de la tradición material como constitutiva del derecho real inmobiliario. 3. El registro debe continuar cumpliendo su función de registración de títulos, con carácter meramente declarativo y no convalidante. 4. La mutación a un sistema de registración constitutiva que desplace a la tradición material tendrá consecuencias perjudiciales para distintos actores sociales. Entre otras: a. el avasallamiento a la tradición jurídica de nuestro país y b. graves perjuicios para los más pobres y marginados de la sociedad, ya que en la mayoría de las provincias argentinas existen innumerables familias que sólo ostentan la posesión de las tierras en que se asientan sus viviendas o donde generan el sustento económico familiar. De acuerdo a los arts. 14 bis, 75, incs. 19, 22 y 23, CN, y a la constitucionalización del derecho civil, es reprochable constitucionalmente un sistema de registración constitutiva- (35).

Para la elaboración de esta conclusión, fue muy relevante el aporte realizado en la ponencia presentada por el Profesor mendocino Dr. Pablo Bressan, quien realizó un desarrollo meduloso de los aspectos constitucionales que se encontraban involucrados en la cuestión.

V. PALABRAS FINALES

Como puede apreciarse, la consigna temática alcanzó a múltiples facetas de la disciplina. Basta aguardar que una futura reforma legislativa, se haga eco de las conclusiones de este simposio nacional de tanta trascendencia, ya que éste expresa las reflexiones meditadas de la academia argentina, alcanzadas no sólo desde de la experiencia, sino también desde el estudio de un derecho civil que prioriza la concreción de las garantías consagradas en el bloque de constitucionalidad federal.

(1) Pueden verse en la página Web de las XXIII JNDC: www.ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/.

(2) Véase Molinario, Alberto, J., -Relaciones reales-, Buenos Aires, 1965; Alterini, Jorge H., -Código Civil anotado-, t. IV-A, ps. 69 y ss.; Papaño, Ricardo; Kiper, Claudio; Dillon, Gregorio y Causse, Jorge, -Manual de derechos reales-, Buenos Aires, 2007, p. 41, aquí los autores, que utilizan la expresión -relaciones de hecho-, recuerdan que también son llamadas relaciones reales (parágr. 10).

(3) Integrada por el Dr. Ricardo L. Lorenzetti y las Dras. Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.

(4) M. F. C. De Savigny, -Tratado de la posesión-, edición y estudio preliminar -Ciencia del Derecho en Savigny-, de José Luis Monereo Pérez, Granada, 2005, p. 26.

(5) Alterini, Jorge H., -Protección posesoria-, en -Cuestiones esenciales en derechos reales-, Buenos Aires 2002, ps. 9 y ss.

(6) Art. 2492, parte 1ª: -No compete la acción de despojo al poseedor de inmuebles que perdiera la posesión de ellos, por otros medios que no sean despojo-.

(7) Véase: Alterini, Jorge H., -Código Civil anotado-, t. IV-A, p. 256.

(8) Véase: Lorenzetti, Ricardo L., -Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños-, LL 1996-B-1107.

(9) Editado por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, Buenos Aires, 1974. También en -Ponencias y comunicaciones presentadas al II Congreso Internacional de Derecho Registral-, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, t. II, Madrid, ps. 75 y ss. y en la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral n. 120, 3ª serie, Santa Fe, 1978.

(10) Op. cit. en nota anterior, especialmente ps. 18 a 26.

(11) Véase nuestro aporte: Vázquez, Gabriela A., -Poseedor por boleto y embargo-, LL 2007-F-499.

(12) Adhirieron a esta mayoría contundente los profesores: Pepe, Rojas Torres, Villanustre, Bressan, Luvirá, Luna, Puerta, Pujol de Zizzias, Alterini, Jorge H., Fernández, Corna, Morales, Ventura, Padilla, Hirsch, Orelle, Casabé, Casal, Pereyra, José R., Pérez, Zencic, Salas, Cornejo, Sierz, Rossetti, Daguerre, Castruccio, Anis, Farina, Palomanes, Encabo, Guardiola, Vázquez, Gabriela A., Barbaglia, Colombo, Toledo, Chocobar, Cossari, Nelson y Martínez, Víctor.

(13) Molina Quiroga, Flah, Navarro, Zavalía y Clerc.

(14) Nuñez Lagos, Rafael, -Realidad y registro-, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, abril de 1945, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, ps. 2/4.

(15) Vázquez, Gabriela A., -Poseedor por boleto y embargo-, LL 2007-F-499 y -Prioridad excluyente y embargo trabado en el juicio de escrituración-, LL 2010-E-299.

(16) Allende, Guillermo L., -Panorama de derechos reales-, Buenos Aires, 1967, p. 69.

(17) Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge H., -El derecho real. Elementos para una teoría general-, Buenos Aires, 1993, p. 74.

(18) Rapa Álvarez, Vicente, -Propiedad y otros derechos sobre bienes-, Ciencias Jurídicas, La Habana, 1999, p. 12.

(19) Esta diferente esencia llevó a las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) a declarar, por unanimidad: -La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el art. 75, inc. 17, CN, hace innecesario e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente-.

(20) Verbigracia, la ley 23302, entre muchas otras de fuente local analizadas en nuestro aporte en coautoría: Alterini, Jorge H.; Corna, Pablo M. y Vázquez, Gabriela A., -Propiedad indígena, educa y librería histórica-, Buenos Aires, 2005.

(21) El Proyecto de Código Civil de 1998 incluyó una definición esclarecedora en su art. 1824.

(22) Alterini, Jorge H., en Llambías, Jorge J. y Alterini, Jorge H., -Código Civil anotado-, t. IV-A, 2ª reimpr., Buenos Aires, 1988, p. 93, en glosa al art. 2357.

(23) Véase: Alterini, Jorge H., -Resolución de los contratos y dominio revocable (con especial referencia a la resolución por incumplimiento y al pago del precio en la transmisión del dominio ¿arts. 1376 y 3923, CCiv.)-, ED 50-633 y ss., en especial, ps. 641 a 644.

(24) Dice ese artículo que la tradición de inmuebles -se juzgará hecha por la transcripción en el Registro Conservatorio de los respectivos instrumentos públicos, aun cuando el transmitente no haya hecho al adquirente tradición efectiva de los inmuebles-.

(25) Véase: Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, -Sistema de derecho civil-, vol. III, -Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral-, 7ª ed., 4ª reimpr., Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 64.

(26) Martínez Velencoso, Luz M., -La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el derecho

alemán. Aspectos registrales-, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 25.

(27) Torres Vasquez, Aníbal, -Transferencia convencional de la propiedad de bien inmueble-, Revista Ius Liberabit, Revista Informativa de Actualidad Jurídica, año I, n. 9, septiembre de 2011, ps. 104 a 133.

(28) Casos 1974-2000, Cusco, y 3018-2000, Lima.

(29) Véanse, por ejemplo, las sentencias de Fallos 180:21; 274:431; 276:175, entre otras.

(30) Véanse los citados por Jorge H. Alterini, en Llamabías y Alterini, cit., ps. 292 a 293, entre ellos, los arts. 1179, 2103, 2105, 2106, 3142, CCiv.

(31) Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, -Sistema de derecho civil-, vol. III -Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral-, 7ª ed., 4ª reimpr., Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 281.

(32) Salvat, Raymundo M., -Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales-, t. II, Buenos Aires, 1932, p. 696.

(33) Peña Guzmán, Luis A., -Derecho civil. Derechos reales-, t. II, Buenos Aires, 1973, p. 191.

(34) Firmantes: Pepe, Rojas Torres, Villanustre, Bressan, Luverá, Luna, Puerta, Alterini Jorge H., Chocobar, Fernández, Pujol de Zizzias, Hirsch, Orelle, Casabé, Casal, Pereyra, Pérez, Rosetti, Sierz, Cornejo, Salas, Zencic, Castruccio, Daguerre, Corna, Morales, Anis, Farina, Vázquez, Colombo, Padilla, Barbaglia, Guardiola, Ventura, Palomanes, Toledo y Encabo.

(35) Firmantes: Pepe, Rojas Torres, Villanustre, Bressan, Luverá, Luna, Puerta, Alterini Jorge H., Chocobar, Fernández, Pujol de Zizzias, Hirsch, Orelle, Casabé, Casal, Pereyra, Pérez, Rosetti, Sierz, Cornejo, Salas, Zencic, Castruccio, Daguerre, Corna, Morales, Anis, Farina, Vázquez, Colombo, Padilla y Barbaglia.